

Greenworld en QNOW: staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak

O&A 2017/31

Sinds het *Greenworld*-arrest uit 2009 is er een discussie gaande over de vraag of de Hoge Raad in dat arrest afstand heeft genomen van zijn eerdere standaardrechtspraak uit 1971 als het om staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gaat. In deze bijdrage wordt betoogd dat dit inderdaad het geval is. Omdat de *Greenworld*-zaak uiteindelijk een zaak van arbitrale aansprakelijkheid betrof, wordt vervolgens ook besproken wat de mogelijke invloed op die nieuwe regels inzake staatsaansprakelijkheid is van het *QNOW*-arrest inzake de aansprakelijkheid van een arbiter. Betoogd wordt dat de Hoge Raad de toepassingsvoorwaarden voor de *Greenworld*-aansprakelijkheid in dat arrest licht versoepeld heeft, zodat aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak eenvoudiger bereikbaar is geworden. Doordat de criteria voor onrechtmatigheid in gevallen van onrechtmatige rechtspraak na dit arrest nauw aansluiten bij reeds bekende maatstaven uit andere delen van het aansprakelijkheidsrecht, is aldaar verdere inspiratie te halen als het gaat om de toekomstige toepassing van de regels van onrechtmatige rechtspraak.

1. Inleiding

Sinds het *Greenworld*-arrest² uit 2009 is er een – nog immer voortdurende – discussie gaande over de vraag of de Hoge Raad in dat arrest nu wel of niet afstand heeft genomen van zijn eerdere standaardrechtspraak uit 1971 (*Hotel Jan Luyken*³) als het om staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gaat. 'Is het *Greenworld*-arrest het nieuwe standaardarrest op dit vlak?', aldus de vraag die opgeworpen is bij de voorbereiding van dit themanummer. In deze bijdrage zal ik in antwoord op die vraag ten eerste (nogmaals⁴) in paragraaf 2 betogen dat dit inderdaad het geval is. Omdat ik die koers kies (beter wellicht: keuze maak), ben ik vervolgens gedwongen om de andersluidende lagere rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak – waarin de nieuwe koers expliciet afgevoerd wordt door de Rechtbank Den Haag – nader te bezien. Dat doe ik in paragraaf 3. Aangezien de *Greenworld*-zaak uiteindelijk geen onrechtmatige rechtspraak maar een zaak

van arbitrale aansprakelijkheid betrof, dien ik ook te bespreken wat dan de mogelijke invloed op de nieuwe regels inzake staatsaansprakelijkheid is van het *QNOW*-arrest van 30 september 2016.⁵ Ik zal in paragraaf 4 betogen dat de Hoge Raad in dat laatste arrest de toepassingsvoorwaarden voor de *Greenworld*-aansprakelijkheid licht versoepeld heeft, zodat de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak (opnieuw) iets eenvoudiger bereikbaar is geworden.⁶

2. De betwiste status van het *Greenworld*-arrest

2.1 *Startpunt: Hotel Jan Luyken en de rechtspraak sindsdien tot 2009*

Staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gaat, als bekend, over de mogelijkheid om na een vermeende rechterlijke fout de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat op basis van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW in te roepen. De mogelijke onrechtmatigheid schuilt dan hierin dat de rechter een (beroeps)fout gemaakt heeft in de oorspronkelijke (onderliggende) rechterlijke procedure. Dat kan een civiele procedure tussen twee particuliere partijen betreffen, maar uiteraard kan de rechter ook de fout in gaan gedurende een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure, waarbij het verschil dan is dat in die gevallen de wederpartij van de klager de overheid zal zijn (grofweg: het Rijk, of een onderdeel daarvan, de provincie, de gemeente of het Openbaar Ministerie), terwijl de fout ook, ongeacht het type procedure, zou kunnen liggen in het (niet of verkeerd) toepassen van Europeesrechtelijke regels.⁷ De mogelijke aansprakelijkheid van de Staat (en dus niet van de rechter in persoon⁸) voor het handelen van een rechter

5 HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215; RvdW 2016/1005 (*QNOW*).
6 Ik besteed dus nauwelijks aparte aandacht aan de *Köbler*-rechtspraak (HvJ EU 30 september 2003, NJ 2004/160) van het Hof van Justitie van de EU (en de daarna volgende uitspraken, zoals HvJ EU 9 september 2015, C-160/14; ECLI:EU:C:2015:565 (*Da Silva e.a./Portugal*)) of aan de vraag of die rechtspraak de Nederlandse rechter wellicht dwingt om (alsnog of opnieuw) van koers te veranderen. Zie daarover wel nog par. 2.3 in fine en par. 2.4. hierna, alsmede *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/127, met verdere verwijzingen, en verder met name de bijdrage van Ortleip en Widdershoven (O&A 2017/35).

7 Het heeft er alle schijn van dat de laatste tijd juist daar vaak de pijn zit.

8 Ik ga in deze bijdrage nagenoeg geheel voorbij aan de (vrijwel niet-bestaande) persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter in kwestie. Zie art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra 1997). In art. 42 lid 1 Wrra 1997 is bepaald dat een rechter niet (persoonlijk) aansprakelijk is jegens een derde voor schade die hij bij de vervulling van zijn ambt toebrengt; in dat geval is dus enkel de Staat (potentieel) aansprakelijk jegens die derde. In art. 42 lid 3 Wrra 1997 is nog nader (en in het algemeen) bepaald dat de rechter niet aansprakelijk is (noch jegens derden, noch jegens de Staat) voor schade die een gevolg is van een rechterlijke uitspraak, derhalve de gevallen die in dit artikel centraal staan. Voor schade veroorzaakt door een rechter die niet het gevolg is van een uitspraak (maar wel onder de vervulling van zijn ambt vallen), is de rechter ook niet aansprakelijk jegens de Staat, tenzij er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid, aldus art. 42 lid 2 Wrra 1997. Het betreft hier dus de beperkte interne regresmogelijkheid van de Staat tegenover de rechter en dus geen externe aansprakelijkheid van de rechter.

1 Prof. mr. I. (Ivo) Giesen is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall), het Montaigne Centrum voor conflictoplossing en rechtspleging en het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht.

2 HR 4 december 2009, NJ 2011/131 (*Greenworld*).

3 HR 3 december 1971, NJ 1972/137 (*Hotel Jan Luyken*).

4 Paragraaf 2 van deze bijdrage is, in uitgewerkte en geactualiseerde vorm, gebaseerd op I. Giesen, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 117 e.v.

wordt van oudsher in Nederland als zeer beperkt gezien, maar het is niettemin onder voorwaarden mogelijk dat de Staat aansprakelijk is voor de fouten van rechters. Blijkens het – in elk geval tot 2009, zie hierna – richtinggevend arrest van de Hoge Raad uit het begin van de jaren '70 van de vorige eeuw, zijn er twee cumulatieve voorwaarden waaraan moet zijn voldaan.⁹ Ten eerste zijn bij de voorbereiding van de beslissing door de rechter zo fundamentele rechtsbeginselen veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en ten tweede mag er geen rechtsmiddel meer openstaan of open hebben gestaan.

Het ligt hierbij voor de hand te veronderstellen dat bij een geconstateerde schending¹⁰ van art. 6 EVRM aan de eerste eis voldaan zal zijn. Toch is er zelfs in die gevallen niet zonder meer reden om van een succesvolle vordering uit te gaan, want de Hoge Raad is altijd zeer terughoudend geweest bij de toekenning van een vergoeding.¹¹ Zo betekent de schending van, bijvoorbeeld, het motiveringsbeginsel of de redelijke termijn niet dat de civiele procedure niet eerlijk was. Alleen bij schending van het vereiste van 'fair trial', in de zin van hoor en wederhoor, en bij een inbreuk op de onpartijdigheid van de rechter, biedt de rechtspraak kansen voor een succesvolle claim.¹² Met andere woorden: het enkele feit dat de rechter een fout heeft gemaakt, is – vooralsnog althans – onvoldoende. De reden en achtergrond van deze terughoudendheid moet onder andere hierin gezocht worden dat de Hoge Raad de klagende procespartij niet nog een extra kans op een (nieuwe) beoordeling van de (oorspronkelijke) zaak, maar dan in een nieuw geding, wil geven. *Lites finire oportet*. Bovendien wil de Hoge Raad voorkomen dat langs deze weg het gesloten stelsel van rechtsmiddelen wordt ondergraven.¹³

Deze civielrechtelijke¹⁴ terughoudendheid blijkt ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad.¹⁵ Zo stond in *Franklin/Nederlandse Antillen*¹⁶ de vraag centraal of de (toenmalige) Raad van Beroep in Ambtenarenzaken in een procedure over de vordering van Franklin tot vernietiging van diens ontslagbesluit, onrechtmatig gehandeld had wegens veronachtzaming van zulke fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet kon worden gesproken, conform de maatstaf uit *Hotel Jan Luyken*. Als grond daarvoor werd door Franklin aangevoerd dat zijn pleidooi na enige tijd werd afgebroken, omdat er niet meer tijd beschikbaar was. Het gerechtshof heeft deze klacht verworpen; de pleitnotities zijn door Franklin overgelegd zodat de ambtenarenrechter kennis heeft kunnen nemen van de inhoud ervan. In cassatie stelt de Hoge Raad dat het middel kennelijk ertoe strekt te betogen:

“dat het beletten van een procespartij 'om een pleidooi waarmede deze partij is aangevangen, verder voort te zetten en te voltooien' oplevert veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel bij de voorbereiding van de beslissing dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet kan worden gesproken, ook als vaststaat dat de rechter kennis kan nemen van de inhoud van pleitnotities aan de hand waarvan de pleiter zijn pleidooi wenste voort te zetten, en dat die procespartij niet voornemens was mondeling zaken naar voren te brengen die niet in de pleitnotities zijn vermeld. Dat betoog kan niet als juist worden aanvaard.”

Hier strandt de vordering dus al op het feit dat er geen sprake is van een veronachtzaming van een rechtsbeginsel. In de zaak *S./Staat*¹⁷ zat S. enige tijd ten onrechte in voorlopige hechtenis. Hij wil vergoeding van de schade die daardoor geleden is, op grond van art. 89 Sv, maar wordt niet-ontvankelijk verklaard. Dat oordeel is onjuist en dus meent het gerechtshof in de civiele zaak die volgt dat de rechter eerder een onjuiste beslissing heeft gegeven bij de voorbereiding waarvan fundamentele rechtsbeginselen zijn geschonden en dat dus de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. De Hoge

9 Zie HR 3 december 1971, NJ 1972/137 (*Hotel Jan Luyken*).

10 Voor zover die constatering stamt van het EHRM zelf, zal meteen ook aan de tweede eis voldaan zijn, want de nationale rechtsmiddelen moeten immers in de regel al uitgeput zijn alvorens de klager zich tot het EHRM kan wenden.

11 Zie bijv. ('vrijwel geen kans van slagen') S.C.J.J. Kortmann, J.S. Kortmann en L.B. Kortmann, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: P.P.T. Bovend'Eert, *Grensverleggend staatsrecht*, Kluwer: Deventer 2001, p. 212, alsmede p. 213; V.V.R. Van Bogaert, *De rechter beoordeeld* (diss. Groningen), Antwerpen: Maklu 2005, p. 468 ('vrijwel nihil'), en A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 385 ('weinig kansrijk'). Voor schendingen van de redelijke termijn geldt inmiddels echter een ander regiem, zoals bekend, zie *Kamerstukken II 2004/05, 29279, 28*, p. 4.

12 Zie P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2008, p. 155 en p. 255, met verwijzingen; hij pleit voor verruiming. In de genoemde gevallen moet ook nog aan de tweede eis voldaan zijn, hetgeen de kansen verder verkleint, zie ook Kortmann e.a. 2001, p. 214.

13 Dat op deze argumenten veel is af te dingen blijkt bijv. uit de *Köbler*-rechtspraak (HvJ EU 30 september 2003, NJ 2004/160) van het Hof van Justitie van de EU.

14 Strafrechtelijk is er enige ruimte gecreëerd (om het stelsel van rechtsmiddelen te doorbreken) in HR 1 februari 1991, NJ 1991/413 (*Mededaders Kostovski*), waarin overwogen werd dat de beslissing van een strafrechter niet via de burgerlijke rechter op grond van onrechtmatige daad tot onderwerp van een nieuw geding gemaakt mag worden, tenzij een uitspraak van het EHRM waarmee de strafrechter geen rekening heeft kunnen houden, ertoe noopt te concluderen (en dat ook niet voor redelijke twijfel vatbaar is) dat de beslissing in strijd met de eis van een eerlijke behandeling tot stand is gekomen. Zie nader Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/389. Door invoering van de strafrechtelijke herroepingsmogelijkheid van art. 457 Sv zou deze route via de burgerlijke rechter 'afgesloten' zijn, vgl. T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-Bull.* 2006, p. 57.

15 Vooreenoverzicht van de rechtspraak, zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/385-390, alsmede (zeer uitvoerig en historisch) T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 jaar Noordwijkerhout/Guldmond', in: R. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 180-189.

16 HR 26 februari 1988, NJ 1989/2 (*Franklin/Nederlandse Antillen*).

17 HR 29 april 1994, NJ 1995/727 (*S./Staat*).

Raad casseert. Hij stelt de eigen norm voor onrechtmatige rechtspraak voorop¹⁸ en oordeelt dan:

"Ook indien het Hof te Amsterdam over het hoofd zou hebben gezien dat het verzoek mede door S. was ondertekend, of indien het zou hebben geoordeeld dat de medeondertekening door S. onvoldoende was om het door diens raadsman ingediende en ondertekende verzoek als ontvankelijk aan te merken, heeft dit Hof weliswaar een onjuiste beslissing gegeven, maar kan niet worden gezegd dat bij de voorbereiding daarvan dergelijke rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd. In zijn arrest heeft het Hof – dat ook niet nader aangeeft welke fundamentele rechtsbeginselen naar zijn inzicht zouden zijn veronachtzaamd – dit miskend."

Niet elke fout van een rechter is een onrechtmatige daad, zoveel is wel duidelijk. Dat het echter ook anders kan lopen, blijkt uit de (van oorsprong strafrechtelijke) zaak *Staat/M.*¹⁹ Daarin werd betoogd dat de Staat aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit de onrechtmatig gebleken rechtspraak van de nationale rechter, waarbij enkele in art. 6 EVRM vervatte fundamentele rechtsbeginselen jegens M. zijn geschonden. Die zaak was in zoverre bijzonder dat de Staat (bij de Hoge Raad) niet meer bestreed dat er sprake is geweest van onrechtmatige rechtspraak, terwijl als uitgangspunt had te gelden, gezien een uitspraak van het EHRM in deze kwestie, dat vaststaat dat bij de strafrechtelijke veroordelingen sprake is geweest van een schending van art. 6 EVRM omdat die veroordelingen berustten op verklaringen van anonieme getuigenissen door politiebeambten. Hieruit volgt, aldus de Hoge Raad, 'dat zich hier de uitzonderlijke situatie voordoet dat de veroordeling van M. c.s. is tot stand gekomen op zodanige wijze dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak in de zin van art. 6 lid 1, eerste zin, EVRM (...)'. De Raad geeft daarmee dus zelf opnieuw aan dat aansprakelijkheid uitzonderlijk is, hoewel niet geheel en al uitgesloten.

Tot besluit wijs ik nog op het arrest van de Hoge Raad inzake *Stelling/Staat*.²⁰ In die zaak bepleit de eiser dat het hem er niet om gaat dat de uitspraak van de bestuursrechter onrechtmatig in de hiervoor besproken zin is of zou kunnen zijn, maar dat de rechtbank in dit geval op andere wijze onrechtmatig handelde, namelijk door hem als procespartij te minachten (o.a. door stukken niet te lezen, althans daaraan voorbij te gaan, door stellingen te passeren en door partijdig

te zijn). Hier probeerde de eiser dus de klip van het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak te ontwijken en omzeilen, vanwege voornoemde terughoudendheid. De Hoge Raad ging daarin echter niet mee, en sloot deze sluiproute af conform de eigen rechtspraak sinds 1971, want dit soort klachten moet een procespartij in de lopende procedure met een gewoon rechtsmiddel trachten te herstellen, ook al voelt iemand zich persoonlijk gekrenkt. Ook deze uitspraak toont de starheid van het leerstuk, althans tot dan toe.

2.2 *Is deze lijn in de rechtspraak te handhaven?*

Een belangrijke vraag die in verband met deze zeer terughoudende lijn in de rechtspraak rijst, is of die hoogstrechtelijke vasthoudendheid (nog) te verenigen is met de eisen die art. 13 EVRM stelt. De hoofdlijn daaruit is, kort gezegd,²¹ dat het mogelijk moet zijn om voor een nationale autoriteit te betogen (op inhoudelijke gronden) dat het EVRM geschonden is, en dat, als die stelling geaccepteerd wordt, er ook een effectieve remedie voorhanden moet zijn. Bedoeld is dan een remedie die de schending kan voorkomen, beëindigen of de schade kan redresseren. Soms volstaat daarbij de mogelijkheid van een schadevergoeding achteraf, maar soms ook niet; en soms bestaat er een voorkeur voor het voorkomen van schade. En als schadevergoeding achteraf een optie is, moet deze mogelijkheid wel praktisch te realiseren zijn (geen 'improper legal obstacles') want de tijdige betaling van compensatie is een essentieel element van een afdoende remedie.²²

Daaruit volgt mijns inziens dat het bestaan van het leerstuk van onrechtmatige rechtspraak, zoals dat op basis van de rechtspraak uit 1971 in Nederland ingericht is, op zichzelf niet zonder meer afdoende is. Het enkele feit dat iemand achteraf de Staat kan aanspreken tot vergoeding van de geleden schade op grond van een onrechtmatige daad, vormt immers op zichzelf nog geen voldoende effectief rechtsmiddel als daaraan (te veel) juridische obstakels verbonden zijn. En dat is op dit terrein nu typisch het geval, zoals uit het voorgaande gebleken is, omdat de eisen voor het kunnen aanvaarden van onrechtmatige rechtspraak erg strikt zijn, zodat de aanvaarding van aansprakelijkheid een zeer uitzonderlijke uitkomst zal zijn.²³ Ik meen dan ook dat de terughoudendheid die in elk geval tot de uitspraak in de *Greenworld*-zaak in Nederland leidend was, niet langer kan blijven bestaan.²⁴

21 Zie nader *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/103-104.

22 O.a. EHRM 10 september 2010, Appl.No 31333/06 (*McFarlane/Ierland*), § 108.

23 Naast het voorgaande spelen bijv. ook nog causaliteitsproblemen, maar daar ga ik in deze bijdrage niet nader op in, zie *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/132-133.

24 Zo ook bijv. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/390; Smits 2008, p. 155 en 255, alsmede in meer algemene zin (en veel ruimer) Van Bogaert 2005, p. 467 e.v., en M. Freudenthal e.a., 'Aansprakelijkheid van de overheid en van rechters voor fouten bij de civiele rechtspleging', in: J.M. van Buren-Dee e.a. (red.), *Tussen de polen van bescherming en vrijheid*, Intersentia: Antwerpen 1998, p. 268. Zie ook Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1, en Verheij in zijn noot onder het *Traghetti*-arrest van het HvJ EG (13-6-2006, C-173/03), *JB* 2006/182, onder nr. 4; Verheij stelt ook voor (nr. 5) om de verruimde aansprakelijkheid door te trekken richting schendingen van het EVRM. Zie ook (voorzichtig) R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?', *MvV* 2010, p. 14.

18 Met een verwijzing naar HR 8 januari 1993, *NJ* 1993/558 (*R./Staat*). Daarin ging het vooral over het stelsel van rechtsmiddelen: 'Het is onverenigbaar met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in medische tuchtzaken, als neergelegd in de Medische Tuchtwet, dat degene aan wie door de medische tuchtrechter een maatregel als bedoeld in art. 5 van die wet is opgelegd, de gelegenheid zou hebben langs de weg van een op onrechtmatige daad gebaseerde vordering tegen de Staat de juistheid van de beslissing van de medische tuchtrechter of de aanvaardbaarheid van de procesgang die tot deze beslissing heeft geleid, tot onderwerp van een nieuw geding te maken en door de burgerlijke rechter te doen toetsen'.

19 HR 18 maart 2005, *NJ* 2005/201 (*Staat/M.*). Hof Den Haag 5 juni 2003, ECLI:NL:GHSGR:2003:AF9801, had voordien een schadevergoeding toegekend.

20 HR 17 december 2004, *NJ* 2005/68 (*Stelling/Staat*).

De Minister van Justitie lijkt dat standpunt overigens te delen, met alle voorzichtigheid die de minister daarbij past. Hij overwoog immers dat de uit het *Köbler*-arrest voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding.²⁵

“zal mogelijk aanleiding geven om de criteria die worden gehanteerd bij de vraag of schadevergoeding wordt toegekend in geval van onrechtmatige rechtspraak minder stringent toe te passen. Mogelijk zal deze ontwikkeling in het algemeen een verruimend effect hebben op de criteria op grond waarvan wordt beoordeeld of er sprake is van onrechtmatige rechtspraak.”

En inmiddels heeft het er alle schijn van, zo blijkt in de volgende paragraaf, dat ook de Hoge Raad hiermee aan de slag is gegaan en dat hij van koers is veranderd.²⁶

2.3 De zaak *Greenworld*

Deze nieuwe koers – waarbij een minder terughoudend criterium voor het kunnen aanvaarden van aansprakelijkheid is aanvaard – werd ingezet door de Hoge Raad in de zaak *Greenworld/NAI*, bij arrest van 4 december 2009.²⁷ Dit arrest gaat over de eventuele aansprakelijkheid van een arbiter, dus geen overheidsrechter, maar in deze zaak heeft de Hoge Raad naar mijn oordeel bewust en consequent de parallel met de eventuele aansprakelijkheid van de overheidsrechter opgezocht en ook uitgewerkt. Vervolgens heeft de Raad die (scheidsrechterlijke) aansprakelijkheid anders beoordeeld (in de zin van: ‘eerder bereikbaar’) dan we voorheen ten aanzien van rechterlijke aansprakelijkheid gewend waren. Daarmee werd – in elk geval impliciet – geoordeeld²⁸ dat de maatstaf zoals die voor arbiters is vastgelegd in deze uitspraak, ook voor onrechtmatige overheidsrechtspraak geldt. En die maatstaf is dus ‘lichter’ dan de oude norm uit het arrest uit 1971, zodat de aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van een rechter *verruimd* lijkt te zijn.²⁹ De Hoge Raad beslist eerst in r.o. 3.5 van het arrest immers, de parallel trekkend tussen arbitrage en rechtspraak, dat:

“ten aanzien van beide vormen van rechtspraak (moet) worden aanvaard dat slechts in uitzonderlijke gevallen een na instelling van een rechtsmiddel onjuist bevonden (scheids)rechterlijke uitspraak kan leiden tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatig handelen. (...) Het is immers niet zo dat slechts één uitspraak betreffende een tussen partijen gerezen geschil de juiste kan zijn. Dat na het instellen van een rechtsmiddel een andere uitspraak volgt, behoeft niet te betekenen dat de vernietigde uitspraak onjuist was, maar kan het gevolg zijn van herstel van een processuele fout, of van een andere presentatie door partijen of beoordeling door de rechter van het voorgelegde geschil of het daaraan ten grondslag liggende feitencomplex, of zelfs van een minder juiste beoordeling door de hogere rechter. (...) Ook de omstandigheid dat de (scheids)rechter in vrijheid en onbevangenheid over het hem voorgelegde geschil moet kunnen oordelen (...) noopt ertoe om een uitspraak die na aanwending van een rechtsmiddel wordt vernietigd slechts in uitzonderlijke gevallen onrechtmatig te achten.”

De (nieuwe) norm voor eventueel onrechtmatig handelen, luidt dan als volgt:

“3.6 Het voorgaande neemt niet weg dat zich gevallen kunnen voordoen waarin blijkt dat de (scheids)rechter met betrekking tot de vernietigde uitspraak opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld dan wel met kennelijke grove miskennis van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt. Moeilijk kan worden aanvaard dat zelfs in een dergelijk geval geen aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou bestaan.”

Op zichzelf is het opmerkelijk – en op het eerste gezicht niet direct voor de hand liggend – dat de Hoge Raad een zaak over de aansprakelijkheid van arbiters benut om de eigen rechtspraak inzake onrechtmatige rechtspraak aan te scherpen.³⁰ Dat kon echter alleen op deze wijze, omdat over onrechtmatige rechtspraak zelden geprocedeerd wordt aangezien proceduren vrij kansloos was onder de strenge ‘oude’ norm van de Hoge Raad.³¹ De Raad moest deze gelegenheid dus wel te baat nemen om ‘om te gaan’, althans om ‘bij te sturen’. Ik schreef hiervoor ‘omgaan’, maar er wordt stevig gestreden over de vraag of dit arrest inderdaad een omwenteling betekent. Vranken gaat er zonder meer vanuit dat de Hoge Raad zijn koers verlegd heeft, net als Kortmann (later met Ernste), Brandsma, Fernhout, Van Schaick en Asser.³² Barkhuysen en Van Emmerik noemen het arrest *Hotel Jan Luyken* echter

25 Zie *Kamerstukken II* 2004/05, 29279, 28, p. 4.

26 Ik doel hier niet op de, in deze bijdrage verder ook niet besproken, rechtspraak van de Hoge Raad (HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*)) inzake de schending van het redelijke termijnvereiste van art. 6 EVRM, waarover o.a. Asser *Procesrecht/Giesen* 1 2015/417–420, met verdere verwijzingen.

27 HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld*). Zie ook Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 187–189.

28 De verbinding die de Hoge Raad legt met het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak is overigens wel heel expliciet.

29 Zie de noot van Vranken in *NJ* 2011/131, nr. 5, hoewel hij zelf meent dat de verruiming niet ver genoeg gaat (zie nr. 12) vanwege de gedeeltelijke immuniteit die (ook) onder de nieuwe standaard nog resteert, en zie Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1. Ter toelichting nog: voor sommige procedurele (art. 6 EVRM-)fouten (bijv. hoor en wederhoor-schendingen) kan dit arrest de nieuwe criterium (van, kort gezegd, ‘grove miskennis’, waarover hierna meer) wellicht iets strikter uitpakken, maar na het nog te bespreken QNOW-arrest valt ook dat nog maar te bezien; vandaar mijn conclusie dat de aansprakelijkheid onder *Greenworld* (als we inderdaad accepteren dat dit arrest de nieuwe norm stelt) verruimd is. Voor redelijke termijn-schendingen geldt overigens een ander, nog welwillender regiem, sinds het *De Bilt*-arrest (HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525) en de daaraan voorafgaande EVRM-rechtspraak, maar dat type schendingen vormt inmiddels sowieso een compleet eigenstandige categorie van overheidsaansprakelijkheidszaken.

30 Aldus Vranken in zijn noot in *NJ* 2011/131, nr. 1 en nr. 16–17.

31 Zo ook A.C. van Schaick, ‘Aansprakelijkheid voor (scheids)rechterlijke fouten’, in: G. van Dijk e.a. (red.), *Circels. Een terugblik op een vooruitziende blik*, Deventer: Kluwer 2013, p. 107.

32 Zie de noot van Vranken onder HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld/NAI*), nr. 1 en nr. 16–17; de noot van Kortmann in *JOR* 2010/150 en van Kortmann/Ernste in *JOR* 2016/324; F. Brandsma, ‘There have never been enough heroes to go around’, *AA* 2014, p. 117; E. Fernhout, ‘Onrechtmatige rechtspraak herzien’, *NJB* 2011/2191, p. 2696 e.v.; Van Schaick 2013, p. 107 (die overigens een nog ruimere maatstaf bepleit); Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1.

nog maatgevend, althans menen dat de Hoge Raad zich nog niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken, en Lindenbergh is terughoudend.³³ Meijer stelt expliciet – en zo ook de lagere rechtspraak (zie hierna³⁴) – dat de Hoge Raad de lijn uit zijn 'oude' rechtspraak niet heeft verlaten omdat de kernoverwegingen uit het arrest van 2009 alleen op de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter zelf, en niet op de aansprakelijkheid van de Staat, zouden zien.³⁵ Ernste sloot zich daarbij in eerste instantie nog aan,³⁶ net als – tot voor kort – Hartkamp en Sieburgh; die laatste lijken inmiddels echter te zijn 'omgegaan'.³⁷

Mijns inziens is het standpunt van Meijer onjuist,³⁸ want dan zou de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter, als jegens hem regres zou kunnen worden uitgeoefend (hetgeen overigens uitgesloten is als het om een fout in een rechterlijke uitspraak gaat, zoals Meijer, Fernhout en Vranken terecht stellen, zie art. 42 lid 3 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Wrra 1997)), strikter zijn dan de aansprakelijkheid van de Staat. Immers, in dat geval (persoonlijke aansprakelijkheid) zou 'slechts' aan het nieuwe, lichtere criterium uit 2009 voldaan hoeven zijn en niet meer aan de zwaardere norm uit 1971 die voor de Staat wel geldt. Dat kan, zeker in het licht van genoemd derde lid, niet juist zijn.³⁹ Bovendien is die focus op de (scheidings)rechter, en niet op de Staat, logisch in dit arrest dat immers in de kern over een arbiter (en dus zeker niet de Staat) gaat, terwijl ook bedacht moet worden dat voor aansprakelijkheid van de Staat (in plaats van de rechter persoonlijk) wegens onrechtmatige rechtspraak natuurlijk wel een (gekwalficeerde) fout van een individu, de rechter, nodig is. Die onderliggende 'fout' (gedraging) van de rechter, welke nodig is om bij de aansprakelijkheid van de Staat uit te komen, wordt beoordeeld conform de lijn die ook voor arbiters (in persoon) geldt. Los van dit alles valt niet in te zien waarom de Hoge Raad zich zoveel moeite zou getroosten om in een zaak over arbitrale aansprakelijkheid consequent (maar voor die zaak overbodig) de parallel met onrechtmatige rechtspraak te trekken, als daar niet een groter plan achter zou steken. Dat plan is dan om de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak te hervormen, althans daartoe een voorzet te doen. De Hoge Raad weet natuurlijk ook dat het zo breed

opzetten en ruim formuleren van de dragende rechtsoverwegingen tot reacties en vragen in de literatuur zal leiden, dus als hij reuring op dit punt had willen voorkomen was een beperking tot de (enkele) aansprakelijkheid van arbiters op zijn plaats, en voor de hand liggend, geweest. Los daarvan: omdat het arrest zeker geen vergissing (verschrijving) is, dat is voor iedereen duidelijk, resteert mijns inziens als uitleg voor de reikwijdte van dit arrest de optie dat de Hoge Raad hier zijn zaakoverstijgende ambities heeft laten zien. De mijns inziens bewust door de hoogste rechter gekozen – en door een groot deel van de doctrine gedragen⁴⁰ – aanscherping ten opzichte van de 'oude' rechtspraak zit vervolgens hierin dat met het nieuwe criterium ('opzet of bewuste roekeloosheid', dan wel 'kennelijke grove miskenning van een behoorlijke taakvervulling') de 'oude' beperking tot gevallen waarin fundamentele beginselen geschonden zijn, is vervallen. Bovendien gaat het niet langer alleen maar om fouten 'bij de voorbereiding' van een uitspraak, zoals onder de oude norm gold.⁴¹ Ook de inhoudelijke juistheid van de uitspraak kan nu dus getoetst worden, waarmee overigens niet meteen gezegd is dat als de hogere rechter van mening verschilt over wat het recht behelst, de lagere rechter dan onrechtmatig handelde.⁴²

Ik merk verder nog op dat over het 'uitputten van rechtsmiddelen' ook niet meer gesproken wordt als het om de nieuwe maatstaf gaat, maar dat eerder in het arrest al wel over onjuistheid 'na het instellen van een rechtsmiddel' wordt gerept, en in de gekozen maatstaf gesproken wordt over een 'vernietigde' uitspraak, zodat een vordering op grond van onrechtmatige rechtspraak niet meteen kansrijk lijkt te zijn als niet eerst in de oorspronkelijke zaak het eigenlijke geschil is uitgeprocedeerd door aanwending van een rechtsmiddel.⁴³

Dit roept bovendien de vraag op of de 'vernietiging' van de onderliggende rechterlijke uitspraak een harde voorwaarde is voor toepassing van de *Greenworld*-norm. Het heeft er op zich alle schijn van dat dit inderdaad het geval is (tenzij de Hoge Raad in zijn uitspraak alleen zou hebben gerefereerd aan de 'vernietigde uitspraak' omdat het in casu 'toevallig' om een vernietigd arbitraal vonnis ging). Daarbij dient dan echter wel bedacht te worden dat de uitspraken van onze hoogste rechters (in puur nationale zaken) niet vernietigd kunnen wor-

33 Zie (voorheen nog) T. Barkhuysen & M.L. Van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 34, resp. (van nadien) Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 187 en 189; S.D. Lindenbergh, 'Vermogenrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?*, Deventer: Kluwer 2011, p. 102, noot 7 aldaar.

34 Vgl. o.a. Rb. Den Haag 25 april 2012, ECLI:NL:RBGR:2012:BW5432; Rb. Den Haag 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14565; Rb. Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, en Hof Den Haag 14 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN6230. Ik ga daar in paragraaf 3 nog nader op in.

35 Meijer 2010, p. 14.

36 P.E. Ernste, 'De aansprakelijkheid van de bindend adviseur', *Trema* 2013, p. 13.

37 Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/386 ('aan zijn rechtspraak vastgehouden') met inmiddels *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/386 ('nieuwe en ruimere criteria').

38 Zo ook bijv. Fernhout 2011, p. 2698, en de eerder genoemde literatuur.

39 Zo ook al J.F.M. Jansen, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008/963, p. 1217-1218. Over genoemde bepaling o.a. Van Bogaert 2005, p. 242 e.v. en A.J. Verheij, 'Immunititeiten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?', in R.J.B. Schutgens e.a., *Immunititeiten, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging 2013-I*, Deventer: Kluwer 2013, p. 67-69.

40 Aldus de meeste al aangehaalde schrijvers, alsmede specifiek nog T. Barkhuysen, 'Onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 2012/1466, p. 1777; Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 196-197 (rechtszoekende mag niet opdraaien voor kennelijke fout van rechter), en Van Bogaert 2005, met name p. 425-426 (wenselijk en noodzakelijk) en p. 440.

41 Zie de noot van Vranken onder HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld*), nr. 16; Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1, verwijst ook naar 'nieuwe en ruimere criteria'.

42 Dat volgt uit de in HR 4 december 2009, *NJ* 2011/131 (*Greenworld*) neergelegde maatstaf voor aansprakelijkheid van (scheidings)rechters, herhaald en verrijnd in HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215 (*QNOW*), waarover par. 4 hierna, en tevens uit de terughoudendheid die bij de mogelijke aansprakelijkheid van bindend adviseurs geldt, zie HR 15 juni 2012, *NJ* 2015/155 (*PWC/Veldhuyzen van Zanten*) r.o. 3.5.3.

43 Dat feit reduceert de kansen op (en dus ook de zorgen over) een veelvoud aan succesvolle claims wegens onrechtmatige rechtspraak natuurlijk aanzienlijk, bijv. omdat de schade door het appel of cassatieberoep al is weggenomen of omdat de juridisch te bewandelen weg dan simpelweg te lang wordt voor de berokkenen. Deze voorwaarde kan overigens gaan 'knellen' t.o.v. de Unierechtelijke eisen, zie de tekst hierna.

den, zodat aansprakelijkheid in die gevallen dan meteen ook (weer) uitgesloten zou zijn. Dat is een gevolg dat – in elk geval in Unierechtelijke aangelegenheden – niet aanvaardbaar is. Immers, de mogelijkheid van vernietiging van een rechterlijke uitspraak mag niet in feite uitgesloten zijn als zo'n vernietiging als voorwaarde voor aansprakelijkheid wordt gesteld, aldus het Hof van Justitie.⁴⁴ Ik zou die lijn willen doortrekken naar de puur 'nationale' gevallen, juist om te voorkomen dat uitspraken van hoogste rechters immuun zouden zijn voor aansprakelijkheid op grond van de *Greenworld*-norm, en er in die gevallen dus teruggesproken zou moeten worden naar de zwaardere *Hotel Jan Luyken*-norm. Bovendien lopen de Unierechtelijke norm en de nationale norm(en) dan niet (opnieuw en nog steeds) uiteen. Dat de *Greenworld*-norm dus tevens toepasselijk is (althans: zou moeten zijn) op de hoogste rechters, past mijns inziens ook in de algemene lijn die de Hoge Raad in die zaak zelf heeft uitgezet.

2.4 Die nieuwe norm lijkt eerder EU-'proof' en EVRM-'proof'

Gegeven dat deze *Greenworld*-norm de nieuwe standaard is, zoals ik in deze bijdrage verder zal volhouden, laat zich sowieso en in bredere zin de vraag stellen hoe die nieuwe maatstaf dan op Unierechtelijke en EVRM-rechtelijke schaal scoort. In zijn *NJ*-noot onder het *Greenworld*-arrest vraagt ook Vranken zich af of de hier geformuleerde maatstaf wel helemaal strookt met die welke het Hof van Justitie aanlegt in zijn *Köbler*-rechtspraak.⁴⁵ Hij meent van niet, waardoor wij nog steeds twee maatstaven naast elkaar zouden moeten hanteren (één voor 'nationale' en één voor Europese schendingen), hetgeen minst genomen onhandig is.⁴⁶ Daarbij is van belang dat uit onder meer het *Traghetti*-arrest⁴⁷ van het Hof van Justitie volgt dat, bij schending van het EU-recht door nationale rechterlijke instanties wiens beslissingen niet vatbaar zijn voor gewone rechtsmiddelen, de nationale criteria die niet stroken met de formulering van de EU-regels in *Köbler*, niet geaccepteerd worden. Omdat die Europese norm aanhaakt bij de 'kennelijke schending' van het recht, zijn de door de Hoge Raad geformuleerde criteria van de 'grove miskenning' en van het 'opzettelijk of bewust roekeloos' handelen, niet acceptabel voor zover daarmee ten minste iets anders zou worden bedoeld dan een 'kennelijke schending';⁴⁸ dat is echter een vraag die nog niet eenduidig beantwoord is.⁴⁹ Zelf meen ik dat de Hoge Raad is

uitgegaan van een norm die – terecht⁵⁰ – probeert aan te haken bij de genoemde Europeesrechtelijke maatstaf, maar deze vervolgens wel in Nederlandse termen heeft uitgedrukt, hetgeen misschien wel niet zo'n gelukkige of voor de hand liggende keuze is geweest.⁵¹ Dat laat dan echter onverlet dat de nieuwe norm materieel wel eensluitend (bedoeld) is.

Los daarvan staat ook nog de vraag open of de nieuwe maatstaf aan de norm van art. 13 EVRM voldoet. Omdat die norm zelf met onzekerheid omgeven is,⁵² kan het antwoord op die vraag slechts tentatief gegeven worden. Maar wel lijkt duidelijk dat onder de nieuwe, mindere strikte maatstaf het nationale recht eenvoudiger in staat zal zijn om een schending van het EVRM te voorkomen of te beëindigen, dan wel – en met name – om in geval van een al gemanifesteerde schending 'appropriate redress' (schadevergoeding via het aansprakelijkheidsrecht) mogelijk te maken, hoewel de aansprakelijkheid gereserveerd blijft voor uitzonderlijke gevallen.⁵³ Daarbij dient naast het element van 'onrechtmatigheid' in enge zin overigens ook nog naar de overige vereisten voor aansprakelijkheid (schade, causaliteit) gekeken te worden teneinde de effectiviteit van de remedie 'in practice as well as in law' te kunnen beoordelen.

3. De feitenrechtspraak na *Greenworld*: tijd voor vragen aan de Hoge Raad!

Hiervoor heb ik (opnieuw) de lijn gekozen dat het arrest van 2009 de oudere lijn van rechtspraak (sinds 1971) heeft vervangen. Ik liet daarbij al doorschemeren dat de feitenrechtspraak die nieuwe lijn juist niet volgt. Dat vraagt om een nadere beschouwing. Ik doe dat door een tweetal recente uitspraken – aan enkele oudere uitspraken die recent al besproken zijn⁵⁴ ga ik voorbij – voor het voetlicht te brengen die exemplarisch zijn voor de consistente reeks van rechterlijke beslissingen van de Rechtbank Den Haag. Daaruit volgt glashelder dat die rechtbank wenst vast te houden aan de jurisprudentie van de Hoge Raad zoals vastgelegd in het

44 Zie HvJ EU 9 september 2015, C-160/14; ECLI:EU:C:2015:565 (*Da Silva e.a./Portugal*).

45 HvJ EU 30 september 2003, NJ 2004/160 (*Köbler*).

46 Zie nr. 13-15 in zijn noot onder het *Greenworld*-arrest, NJ 2011/131. Zie ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/387-388, ten opzichte van het EVRM en het Unierecht, en Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, NJ 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1.

47 HvJ EG 13-6-2006, C-173/03, JB 2006/182 (*Traghetti*).

48 Zie ook Verheij in zijn noot onder het *Traghetti*-arrest van het HvJ EG (13-6-2006, C-173/03, JB 2006/182), onder nr. 4, die erop wijst dat een nationale precisering of operationalisering van de *Köbler*-norm toegestaan is, maar geen hogere drempel mag opwerpen, zodat een nationale (wettelijke) regeling weinig zinvol is. Zie ook Van Schaick 2013, p. 114, die een nationale maatstaf bepleit (de redelijk handelende rechter) die de Europese maatstaf kan absorberen.

49 Meijer 2010, p. 14, lijkt beide standaarden gelijk te schakelen ('sluit beter aan' en 'zullen neerkomen op'); zie ook Fernhout 2011, p. 2699 ('lijken ongeveer hetzelfde uit te drukken'). Volgens *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2015/388, is de EU-norm minder streng.

50 Voor uniformering van de norm voor nationale en unierechtelijke zaken, pleiten ook Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 198. Zie verder de bijdragen van Barkhuysen & Van Emmerik (*O&A* 2017/34) en Ortlep & Withershoven (*O&A* 2017/35).

51 De Unierechtelijke norm van 'voldoende gekwalificeerde schending' wordt naar Nederlands recht dan die van een 'grove miskenning', maar het is de vraag of die Nederlandse terminologie de lading dan wel volledig dekt. Dat ligt aan de wisselende invulling van de norm 'gekwalificeerde schending', waarbij er een onderscheid gemaakt moet worden naar de mate van beleidsvrijheid die de lidstaat geniet. De enkele schending van EU-recht volstaat als er geen 'discretion' bestond, als die er wel was, moeten alle omstandigheden afgewogen worden, en is beslissend of sprake is van een kennelijke en ernstige miskenning, zie J. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Withershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 3e druk, Nijmegen: AAL 2011, p. 345-348; C.C. van Dam, *European Tort Law*, 2nd edition, OUP: Oxford 2013, nr. 1805-1 e.v. Zie *Asser Procesrecht/Giesen* 1 2015/104, en bijv. HvJ EU 9 september 2015, C-160/14; ECLI:EU:C:2015:565 (*Da Silva e.a./Portugal*) hiervoor.

52 Asser in zijn noot onder HR 28 maart 2014, NJ 2014/525 (*De Bilt*), nr. 1.

54 Zie Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 189-191, die overigens ook constateren dat in Unierechtelijke kwesties de *Köbler*-norm wordt benut (doch vaak ook zonder succes). Zie bespreken o.a. Rb. Den Haag 25 april 2012, ECLI:NL:RBGR:2012:BW5432; Rb. Den Haag 3 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6222, en Hof Den Haag 14 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN6230. Van nadien dateert bijv. nog Rb. Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14190, een Unierechtelijke kwestie waarin art. 47 Handvest Grondrechten EU en de *Köbler*-norm (zonder succes) werd toegepast.

arrest van 1971. Ik merk daarbij bij voorbaat op dat dit vasthouden aan de bestaande lijn op zich verdedigbaar is. De nieuwe lijn – die wat mij betreft gevolgd zou moeten worden, laat dat duidelijk zijn – is immers nog nergens dwingend neergelegd door de Hoge Raad en het precies bepalen wat nu de koers is, kost ook de literatuur tot nu toe de nodige hoofdbreken en twijfels, met verdeeldheid als gevolg. In een dergelijke onduidelijke situatie wordt de keuze om de status quo (voorlopig) te handhaven een begrijpelijke (maar mijns inziens dus onjuiste) marsroute.

Het verrast dan ook niet om in een uitspraak van 9 november 2016, waarin de aanvaardbaarheid van de vrijwel totale procesgang in het kader van een kortgedingprocedure aan de rechtbank werd voorgelegd, het volgende te lezen:⁵⁵

“Over de zorgvuldigheid waarmee een rechterlijke beslissing is voorbereid, kan enkel door gebruik te maken van een door de wet ter beschikking gesteld rechtsmiddel worden geklaagd. Slechts indien bij de rechtsgang of voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel meer openstaat en heeft opengestaan kan de Staat worden aangesproken.”

De vordering werd, na alle omstrede momenten uit de aan de orde gestelde procesgang besproken te hebben, afgewezen.

Hetzelfde gebeurt in een uitspraak van 1 maart 2017, waarbij de onrechtmatige rechtspraak die de Staat wordt verweten, ‘gepleegd’ is door de Raad van Discipline in een klachtzaak tegen de eiser (als advocaat). Interessant is hier dat de eiser expliciet een beroep deed op de *Greenworld*-norm, waar de Staat als verweerder de *Hotel Jan Luyken*-norm heeft ingeroepen, zodat de rechtbank uitdrukkelijk moest beslissen welk norm geldend recht is. In r.o. 4.5 volgt het verwachte antwoord:⁵⁶

“Uit het *Greenworld*-arrest blijkt niet dat het daarin opgenomen criterium ook betrekking heeft op aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak. De Hoge Raad overweegt immers in r.o. 3.6 dat de Staat, indien hij met succes aansprakelijk is gesteld, op grond van artikel 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren regres kan nemen op de betreffende rechter(s) wanneer deze met opzet of bewuste roekeloosheid heeft of hebben gehandeld. De aansluiting bij deze regres-regeling impliceert dat het door de Hoge Raad in het *Greenworld*-arrest geformuleerde aansprakelijkheids criterium zich beperkt tot de (persoonlijke) aansprakelijkheid van arbiters.”

De rechtbank volgt dus de redenering van Meijer, welke ik hiervoor in paragraaf 2.3 reeds bestreden heb. Daaraan voegt de rechtbank nog toe, in r.o. 4.6, dat het hierna nog

uitvoerig te bespreken *QNOW*-arrest geen aanknopingspunt biedt om daar anders over te denken. Dat oordeel gaat echter te kort door de bocht, zoals ik hierna nog zal betogen, omdat de Hoge Raad juist wel opnieuw de verbinding tussen arbitrage en overheidsrechtspraak legt.

Ik meen dus nog steeds dat het anders moet, maar begrijp ook wel dat een zoveelste (herhaalde) mening over dit thema de rechters in Den Haag niet zomaar zal overtuigen. Ik hoop echter wel dat de Rechtbank Den Haag inmiddels in zoverre aan het twijfelen is geslagen, of ten minste ziet dat er nog wel wat onduidelijkheid bestaat, dat ze openstaan voor een derde weg, een weg die op korte termijn tot klaarheid kan en zal leiden als de rechtbank daaraan wil meewerken. Die derde weg houdt dan in dat er bij de eerstvolgende gelegenheid waarbij staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak (in een niet door EU-recht bestreken geval) aan de orde is, een prejudiciële vraag op de voet van art. 392 Rv wordt gesteld aan de Hoge Raad. Dat is de snelste weg om eens en voor altijd op te helderen welke maatstaf leidend is, die van *Hotel Jan Luyken* of die van *Greenworld*.⁵⁷

4. Het vervolg: HR 30 september 2016 (*QNOW*)

4.1 Arbitrale lessen te leren

Als de Hoge Raad inderdaad, zoals hier verdedigd, in de *Greenworld*-zaak beoogd heeft om de rechtspraak inzake onrechtmatige rechtspraak om te buigen en van een nieuw, ruimer criterium te voorzien, waarbij dat criterium dan gelijk is gesteld aan het criterium dat voor arbitrale aansprakelijkheid is geaccepteerd, dan is het zaak om vervolgens ook de ontwikkelingen op dat laatste vlak van dichtbij te volgen. Toepassingen, verfijningen en wellicht zelf veranderingen in de rechtspraak over dat domein zijn dan immers rechtstreeks van belang – of dienen ten minste als inspiratiemateriaal – voor (toekomstige) gevallen van onrechtmatige rechtspraak. En dus is het zaak om de blik te richten op de laatste loot aan die stam, te weten het *QNOW*-arrest.⁵⁸ Dat blijkt een vruchtbare exercitie want dit arrest biedt de nodige inspiratie, althans stof tot nadenken, ook voor de staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, en niet alleen omdat het onderhavige arrest de conclusie uit paragraaf 2 ondersteunt.

⁵⁷ In Rb. Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14190, werd het verzoek van eiser om een vraag te stellen (de *Hotel Jan Luyken*-norm was hier overigens niet aan de orde) nog afgewezen, zie r.o. 4.24: “Voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en/of het HvJ EU bestaat geen aanleiding. (...) Evenmin noopt de toepassing van het Nederlandse recht tot het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad omdat een antwoord op een rechtsvraag nodig is om op de eis te beslissen en rechtstreeks van belang is voor de beslechting van dit geschil.” Die motivering herhaalt helaas slechts de wettelijke voorwaarden voor het stellen van vragen (art. 392 Rv) zonder die voorwaarden dan in te vullen of de keuze nader te onderbouwen. Gegeven de ruime mogelijkheden die er zijn om vragen te stellen (zie I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad*, Den Haag: Bju 2016), is er mijns inziens geen formeel beletsel om zulks te doen.

⁵⁸ HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2215; RvdW 2016/1005 (*QNOW*).

⁵⁵ Rb. Den Haag 9 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13380, in r.o. 4.2.

⁵⁶ Rb. Den Haag 1 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2111.

4.2 De lessen uit het QNOW-arrest

De QNOW-zaak gaat over de mogelijke aansprakelijkheid van een arbiter tegenover een van de partijen bij een arbitrage. QNOW heeft aandelen verkocht en geleverd maar de contractuele wederpartij heeft daarna getracht die koop te vernietigen wegens dwaling en/of bedrog. Daarover is een arbitrageprocedure gevoerd, onder voorzitterschap van de verweerder in cassatie, de aansprakelijk gestelde arbiter. De drie arbiters hebben in de arbitrageprocedure bepaald dat QNOW nog bijna € 3,5 miljoen zou moeten krijgen, dat vonnis is ondertekend door de arbiter als voorzitter en vervolgens gedeponereerd bij de rechtbank. De wederpartij van QNOW heeft echter de vernietiging van het arbitrale vonnis gevorderd en deze ook verkregen bij de rechtbank en het gerechtshof omdat dit arbitrale vonnis niet door alle drie de arbiters getekend was, zoals art. 1057 lid 2 Rv eist. Daarna heeft QNOW via een procedure bij de rechtbank nog een deel van de oorspronkelijke koopprijs teruggekregen, maar een deel ook niet (dat deel was verjaard), en dat resterende bedrag wordt nu in de vorm van schadevergoeding van de arbiter gevorderd: deze heeft een beroepsfout gemaakt door niet alle drie de arbiters te laten ondertekenen en daarop toe te zien. De Rechtbank Limburg heeft die vordering echter afgewezen en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch bekrachtigde dat oordeel, in r.o. 3.5, omdat in casu niet zou zijn voldaan aan de *Greenworld*-maatstaf.

In cassatie wordt ten eerste gesteld dat de *Greenworld*-maatstaf in dit geval niet geldt omdat een onderscheid gemaakt moet worden tussen een 'inhoudelijke beslissing' en een 'totstandkomingsgebrek', zoals in dit geval, waarin dan een andere, lichtere vorm van aansprakelijkheid zou gelden. A-G Rank-Berenschot⁵⁹ gaat in dat pleidooi mee, maar de Hoge Raad volgt die voorzet niet. Hij overweegt:

3.4.2 Bij de beoordeling van het onderdeel wordt het volgende vooropgesteld. In rov. 3.5 van het hiervoor in 3.4.1 genoemde *Greenworld*-arrest is erop gewezen dat overheidsrechtspraak en de in Boek 4 Rv geregelde arbitrage op diverse punten met elkaar overeenstemmen. (mijn onderstr., IG) (...)

3.4.3 Hoewel het *Greenworld*-arrest betrekking had op een geval van vernietiging van een arbitrale uitspraak op inhoudelijke gronden en de motivering van het arrest vooral daarop is toegespitst, is er geen grond om de maatstaf van dat arrest te beperken tot vernietiging van een arbitraal vonnis op inhoudelijke gronden. In rov. 3.5 van het *Greenworld*-arrest is reeds gewezen op de mogelijkheid van vernietiging van een arbitrale uitspraak in verband met een processuele fout. Ook het niet (toezien op het) naleven van het voorschrift van art. 1057 lid 2 Rv is een zodanige fout. Er is geen grond om in dit verband een onderscheid te maken tussen enerzijds processuele fouten – of bepaalde processuele fouten – en anderzijds fouten bij de inhoudelijke beoordeling van een zaak. Ook bij de inhoudelijke beoordeling kunnen immers fouten worden gemaakt die geen verband houden met beoor-

delingsvrijheid, maar in meerdere of mindere mate kunnen worden gekwalificeerd als misslagen of omissies. De vraag naar de aansprakelijkheid voor dergelijke fouten dient steeds te worden beoordeeld naar de *Greenworld*-maatstaf, omdat die fouten samenhangen met de rechterlijke taak van arbiters. Ook de naleving van procesuele voorschriften, inclusief die bij de afhandeling van een zaak, hangt met die taak samen. Mede omwille van de rechtszekerheid dienen alle fouten bij de uitoefening van die rechterlijke taak te worden beoordeeld naar eenzelfde maatstaf."

Opvallend is allereerst dat de Hoge Raad hier nogmaals, ongevraagd en onnodig, de verbinding legt tussen arbitrage en overheidsrechtspraak door voorop te stellen dat hij zelf eerder al heeft aangegeven dat beide vormen van geschilbeslechting op punten overeenstemmen. Ik zie niet in hoe men die passage anders kan lezen dan als expliciete steun voor de gedachte, zoals verdedigd in paragraaf 2, dat het *Greenworld*-arrest ook ziet op – en dus wezenlijk is voor – het domein van de onrechtmatige rechtspraak.⁶⁰ Eveneens belangrijk is natuurlijk dat de Hoge Raad geen onderscheid wenst te maken tussen de verschillende typen van (scheids) rechterlijke fouten. '[A]lle fouten bij de uitoefening van die rechterlijke taak [dienen] te worden beoordeeld naar eenzelfde maatstaf', aldus de Hoge Raad, of het nu gaat om vormfouten of om inhoudelijke missers.⁶¹ Dat biedt helderheid voor de toekomst, helderheid die door het belang van de rechtszekerheid is ingegeven.

Het cassatiemiddel klaagt ten tweede over de toepassing door het gerechtshof van de gehanteerde maatstaf. Er is onvoldoende gemotiveerd dat niet is voldaan aan het criterium van 'kennelijk grove miskening van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt'. Te dien aanzien had het gerechtshof als volgt overwogen:

"Ook kan het feit dat door welke omstandigheden dan ook de handtekeningen van twee van de arbiters ontbreken onder het bij de rechtbank gedeponereerde arbitrale vonnis, hoe ongelukkig dat ook is, niet leiden tot de conclusie dat is gehandeld met kennelijke grove miskening van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt."

In antwoord op dat middel gaat de Hoge Raad dan eerst zijn bestaande criterium 'verfijnen' door middel van een 'vooropstelling' in r.o. 3.5.2:

60 In Rb. Den Haag 1 maart 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2111, zoals besproken in paragraaf 3, is dit aspect miskend. Dit alles klemte eens te meer omdat dit twistpunt (geldt eventueel een andere maatstaf bij een totstandkomingsgebrek?) in appel eigenlijk al geen onderdeel van de rechtsstrijd meer was, zoals de A-G constateert in nr. 2.8. Dit punt had dus in cassatie ook zonder inhoudelijk oordeel afgedaan kunnen worden. Dat de Hoge Raad dat niet doet en het twistpunt dus wel expliciet beslist (door vervolgens nota bene de gevraagde verfijning van de lijn in de rechtspraak af te wijzen), duidt erop dat de Hoge Raad hier graag iets aan de rechtsgemeenschap wilde meegeven: hij grijpt de kans om dit leerstuk (inclusief de onrechtmatige rechtspraak) verder te ontwikkelen.

61 Met dien verstande dat blijkens r.o. 3.4.4 van het arrest 'bedrijfsfouten' hiervan uitgezonderd zijn. Ik ga daar nu aan voorbij.

59 Zie haar conclusie voor het arrest, in nr. 2.10-2.22.

“Bij de beoordeling van het onderdeel wordt vooropgesteld dat de maatstaf of is gehandeld met ‘kennelijke grove miskening van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’ (hierna ook: grof plichtsverzuim) uitgaat van een lichtere graad van verwijtbaarheid dan de maatstaf ‘opzet of bewuste roekeloosheid’, maar dat niettemin ook in eerstgenoemde maatstaf de nadruk erop ligt dat de betrokken arbiter een ernstig persoonlijk verwijt van zijn handelen of nalaten kan worden gemaakt, zij het dat die verwijtbaarheid in zekere mate is geobjectiveerd. Of een arbiter dit (geobjectiveerde) verwijt kan worden gemaakt, hangt af van de omstandigheden van het geval.” (mijn onderstr., IG)

Niet alleen wordt de verwijtbaarheid hier geobjectiveerd (en daarmee voor de rechter eenvoudiger toepasbaar en voor partijen eenvoudiger bewijsbaar gemaakt), ook valt op dat de Hoge Raad het criterium van de ‘kennelijke grove miskening van hetgeen een behoorlijke taakvervulling meebrengt’ als het ware via de tussenstap van ‘grof plichtsverzuim’ ‘ombuigt’ naar een ‘ernstig persoonlijk verwijt’ (welke norm dient te worden geobjectiveerd). Hierin ligt onmiskenbaar een verfijning, maar mijns inziens tevens een verlichting verscholen waardoor (scheid)srechterlijke aansprakelijkheid eerder aan de orde kan zijn dan voorheen.⁶² Gegeven die verfijning blijkt vervolgens dat het onderdeel slaagt, aldus r.o. 3.5.3:

“De verantwoordelijkheid van de voorzitter van een scheidsgerecht om erop toe te zien dat het voorschrift van art. 1057 lid 2 Rv wordt nageleefd moet, mede getuige op de ernstige gevolgen van niet-inachtneming van dat voorschrift, worden aangemerkt als een wezenlijk onderdeel van diens taak. Een arbiter wordt geacht dit voorschrift te kennen. Tegen deze achtergrond kon het hof niet volstaan met de motivering dat aan de maatstaf voor aansprakelijkheid niet is voldaan indien ‘door welke omstandigheden dan ook’ de handtekeningen van twee arbiters onder het bij de rechtbank gedeponeerde arbitrale vonnis ontbraken.”

Verrassend was dat oordeel niet, omdat de motivering van het gerechtshof te mager was, wat in wezen niet verder ging dan een enkele, nogal cryptische zin, zoals hiervoor geciteerd.

Dat motiveringsgebrek maakt het lastig te beoordelen of de Hoge Raad de materiële uitkomst die het gerechtshof bereikt had (i.c. is er geen grof plichtsverzuim) wellicht ook afkeurt. Het enkele gegeven dat een arbitrale uitspraak wordt vernietigd, is daartoe uiteraard onvoldoende,⁶³ maar naar mijn inschatting is het niet laten ondertekenen van een arbitraal

vonnis niet zomaar een misser en grond voor vernietiging, maar een blunder eerste klas. Het zou dus zomaar kunnen dat de Hoge Raad hier (mede) casseert omdat de materiële uitkomst hem niet aanstaat. Hier was kennelijk wel sprake van een ‘kennelijke grove miskening’, althans een grof plichtsverzuim, althans een (geobjectiveerd) ernstig persoonlijk verwijt.⁶⁴ Dat is leerzaam, en terecht, zo meen ik. Als het niet opvolgen van dit simpele gebod door een arbiter niet als zodanig kwalificeert, zullen er weinig andere fouten te bedenken zijn die wel als grof plichtsverzuim hebben te gelden. Ook los daarvan past dit oordeel overigens in de lijn waarin de Hoge Raad iets minder coulant lijkt te zijn voor arbiters (en de daarmee gelijk geschakelde overheidsrechters) als het om hun aansprakelijkheid gaat, zoals dat ook al bleek uit de verfijning van de aansprakelijkheidsnorm tot ‘grof plichtsverzuim’ en daarna ‘persoonlijk ernstig verwijt’, en uit de objectivering daarvan.

4.3 Verder lesmateriaal: hulp bij de invulling van de open normen

Voor de toekomstige toepassing van de open geformuleerde onrechtmatige rechtspraak-norm kunnen we inmiddels, zo blijkt, het nodige aan inspiratie putten uit vergelijkbare standaarden die in andere delen van het aansprakelijkheidsrecht worden gehanteerd. De eerste poot van de *Greenworld*-norm – opzet of bewuste roekeloosheid – refereert immers aan een maatstaf die in het aansprakelijkheidsrecht al langer in gebruik is, onder meer als het gaat om de maatstaf voor eigen schuld van de werknemer als verweer tegen de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:658 BW.⁶⁵ Belangrijker nog is dat de tweede tak van de *Greenworld*-norm, na het *QNOW*-arrest kort gezegd als een ‘persoonlijk ernstig verwijt’ te duiden, sinds jaar en dag bekend is uit de wereld van de bestuurdersaansprakelijkheid.⁶⁶ Ik ga de invulling van die maatstaven in die onderscheiden rechtsgebieden hier niet nader uitwerken, maar wijs er wel op dat de bestaande nadere uitwerkingen, met voorbeelden uit de rechtspraak en doctrine van wat er wel en niet onder die normen te scharen valt, een prachtige bron vormt om uit te putten, zowel voor advocaten als rechters, als zich een geval van (scheid)srechterlijke aansprakelijkheid aandient. Die bronnen zullen de goede verstaander dan ook leren dat er echt wel iets bij komt kijken voordat aansprakelijkheid (van de Staat) daadwerkelijk geaccepteerd kan worden, zodat de mogelijke vrees voor een te ruime aansprakelijkheid een onterechte vrees is.⁶⁷

5. Afronding

In deze bijdrage is nogmaals verdedigd dat de Hoge Raad met het *Greenworld*-arrest uit 2009 afstand heeft genomen

62 Die ombuiging en verlichting blijkt mijns inziens uit de laatste zin waar de Raad stelt ‘Of de arbiter dit (geobjectiveerde) verwijt kan worden gemaakt...’ waarmee terugverwezen wordt naar het ‘ernstig persoonlijk verwijt’ in de zin ervoor terwijl het daarbij wel over het te hanteren criterium voor aansprakelijkheid gaat. Eerder pleitten Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 198, voor het ‘ernstig verwijt’ als nieuw (lichter) criterium.

63 Zie ook de conclusie voor het arrest, nr. 2.12, van A-G Rank-Berenschot.

64 Volgens de A-G zijn hierbij de aard en objectieve ernst van de gedraging belangrijker dan de verwijtbaarheid als zodanig, zie de conclusie voor het arrest, nr. 2.25.

65 Zie bijv. HR 20 september 1996, *NJ* 1997/198 (*Pollemaans/Hoondert*).

66 Zie bijv. HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22 (*RCI Financial Services*); HR 5 september 2014, *NJ* 2015/21 (*Tulip Air*) en HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:275; *RvdW* 2017/253 (*Fruitexport*).

67 Zie ook Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 199.

van zijn eerdere standaardrechtspraak als het om staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak gaat, en dat de lagere rechtspraak die de nieuwe standaard nog niet omarmd heeft, dus onjuist is. Maar waarschijnlijk zijn eerst nog prejudiciële vragen aan de Hoge Raad nodig om deze kwestie definitief te beslissen.

Aangezien die *Greenworld*-zaak uiteindelijk een zaak van arbitrale aansprakelijkheid betrof, is tevens besproken wat dan de mogelijke invloed op die nieuwe regels inzake staatsaansprakelijkheid is van het *QNOW*-arrest dat ook betrekking heeft op de aansprakelijkheid van arbiters. Bevestigd is dat de Hoge Raad de toepassingsvoorwaarden voor de *Greenworld*-aansprakelijkheid met dat arrest lichtjes versoepeld heeft, zodat aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak inmiddels iets eenvoudiger bereikbaar is geworden. Doordat de criteria voor onrechtmatigheid in gevallen van onrechtmatige rechtspraak na dit arrest nauw aansluiten bij reeds bekende maatstaven uit andere delen van het aansprakelijkheidsrecht, is aldaar verdere inspiratie te halen als het gaat om de toekomstige toepassing van de regels van onrechtmatige rechtspraak.

Met dit totaalpakket aan maatregelen heeft de Hoge Raad de rechtspraak inmiddels een aardig eind op weg geholpen om het leerstuk van de onrechtmatige rechtspraak uit de vergetelheid te rukken en tot (enige) wasdom⁶⁸ te laten komen, zonder de sluizen van aansprakelijkheid wagenwijd open te zetten. Wie zet nu de laatste stap?

68 Vgl. de verzuchting van Barkhuysen/Van Emmerik 2015, p. 179, over gebrek aan dynamiek op dit terrein.